

# Voluntarismo jurídico e desafio institucional

OCTACIANO NOGUEIRA

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Origens do constitucionalismo. 3. Normas de conduta e normas de organização. 4. Estado constitucional e Estado de direito.*

### 1. Introdução

Em artigo publicado no *Jornal do Brasil* de 17 de agosto deste ano, criticando a emenda constitucional que institui, em casos específicos das decisões do Supremo Tribunal Federal, o chamado “efeito vinculante”, o ex-Ministro e ex-Procurador-Geral da República, Evandro Lins e Silva, lembrou que, “em nosso sistema jurídico, a fonte primária do direito é sempre a lei, a norma geral e abstrata emanada do Poder competente que é, no regime democrático, o próprio povo, diretamente, ou seus representantes legitimamente eleitos, ou seja, o órgão estatal legislativo”. Ao condenar a emenda aprovada em primeiro turno pelo Senado, o eminente jurista a comparou aos “assentos da Casa da Suplicação” do regime colonial, expressão que, por sinal, dá título ao seu erudito texto jornalístico.

Sob o ponto de vista jurídico, não há reparos que possam ser oferecidos à opinião do ilustre ex-Ministro do STF. A questão da justiça especificamente e a mais ampla da eficiência de nosso sistema judiciário, porém, não se resumem a um tema de interesse dos advogados e magistrados, mas envolvem um problema que é, em sua substância, de natureza política. Considerada em termos ainda mais amplos, embora possa estar relacionada com a ciência do direito, diz respeito mais de perto à própria filosofia do direito do que ao âmbito do direito como ciência social aplicada.

O viés político do tema se resume a uma constatação cuja resposta é inquestionável: Está a sociedade brasileira satisfeita com o seu sistema judiciário? É claro que não, e a resposta não reside apenas nas tentativas sempre frustradas e constantemente adiadas de sucessivas reformas do Poder Judiciário, que é tema recorrente da política brasileira, desde a Constituição de 1824. Essa pergunta poderia ser, inclusive, formulada de uma outra maneira: O Poder Judiciário no Brasil é uma instituição dotada de credibilidade e de confiabilidade? Dificilmente se responderá afirmativamente. E o que o demonstra, não é esta ou aquela pesquisa de opinião pública, mas, ao contrário, todas as que têm sido feitas ao longo dos últimos quinze anos, em que o Judiciário e a justiça aparecem entre as instituições políticas de pior cotação.

Considerado sob ambos os aspectos, o problema da justiça no Brasil é muito mais grave, amplo e desafiador do que uma simples questão de opinião. É um problema de posição, de crença, de convicção que transcende até mesmo conotações ideológicas para se situar no campo da Antropologia social. Ele está, em última análise, sintetizado na afirmação do eminente ex-Ministro e brilhante advogado que identifica o direito com a lei. Posição, aliás, partilhada por 10 em cada grupo de 10 juristas brasileiros. Isso é o resultado de uma dupla fatalidade histórica, por um lado, decorre de nossa herança colonial portuguesa, firmemente fincada na cultura ibérica de raízes latinas, e por outro se liga à circunstância de sermos herdeiros diretos do positivismo jurídico do século XIX, em que ficamos independentes e do qual progressivamente nos afastamos sem que consigamos dele nos livrar. E enquanto persistirmos em manter essa herança e cultivar essa escola, com sua autoritária justificação ética, não teremos, por mais tribunais que se criem e por mais juizados que se instituíam, uma justiça rápida, barata, eficiente e capaz de superar os enormes desafios com que há quase dois séculos nos defrontamos.

Essa cultura jurídica decorre da nossa própria cultura política. Com essa concepção, estamos cada vez mais próximos das sociedades totalitárias em que, segundo Carl Friedrich<sup>1</sup>, “a

lei se converte meramente em um instrumento em mãos dos dirigentes políticos, porque a justiça, como valor autônomo, desaparece”. E, à medida que a lei se transforma num único e voluntarioso ato de *imperium* de majorias ocasionais, a justiça terminou-se tornando refém da política. O constitucionalismo do século XIX, calcado no positivismo jurídico, tal como foi concebido por seus principais formuladores, terminou deturpado, desvirtuado e deformado. Vejamos como e por quê.

## 2. Origens do constitucionalismo

O constitucionalismo do fim do século XIX tem duas vertentes principais. A americana inicia-se em 1776, com a declaração de independência, e se consuma em 1787, com a ratificação do primeiro documento constitucional escrito da história. A segunda é a europeia, de extração francesa, cujo principal documento não é a efêmera Constituição decretada em 13 de setembro de 1791, mas sim a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada em 26 de agosto de 1789 e nessa mesma data aceita pelo rei. A pequena relevância jurídica e política dos sucessivos documentos constitucionais revolucionários se deduz da simples circunstância de que nos 12 anos do período revolucionário, até a instituição do império, foram proclamadas, editadas e aprovadas nada menos de cinco diferentes Constituições.

A Constituição americana de 1787 não possui, como se sabe, nenhuma declaração de direitos, só mais tarde incorporada ao seu texto, por meio das dez primeiras emendas. Ela é, originalmente, apenas um instrumento que elaborou a engenharia institucional do país. E nesse sentido, seguiu a tradição inglesa. Os chamados “documentos constitucionais” da Grã-Bretanha não tratam dos direitos dos cidadãos. Mesmo antes da grande inovação que constituiu a distinção entre o direito público e o direito privado, os ingleses adotaram uma designação diferente para os direitos dos cidadãos, a *Common Law*, criada e aplicada pelos juízes, e a que antigamente se chamava a *Statutory Law*, ou simplesmente *Law*, as disposições adotadas pelo Parlamento e sancionadas pelo rei. Os diferentes direitos individuais conquistados pelo povo inglês, portanto, não foram, necessariamente, leis oriundas do Parlamento, mas, desde a sua origem, cartas e petições endereçadas ao soberano, a que o rei dava o seu assentimento,

<sup>1</sup> *Die Philosophie des Rechts in Historischer Perspektive*. Berlin : Springer-Verlag, 1955. Cf. trad. em espanhol, México : Fondo de Cultura Económica, 1964. p. 315.

ou atos por ele baixados em sua supremacia, ainda não contestada pelo Parlamento. Estão nesse caso, tanto a “Magna Carta” de 1215 e suas diferentes e sucessivas versões, quanto os *Confirmation Acts* ou a *Petition Acts*, de 1610 e 1628. Incluem-se, da mesma forma, o *Habeas-Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, o *Munity Act* e o *Toleration Acts*, todos de 1689, assim como *Act of Settlement*, que é de 1701. O que a *Glorious Revolution* de 1688 fez, na realidade, não foi impedir o direito do soberano de legislar, mas, ao contrário, o de legislar sem o consentimento do Parlamento. Nisto consiste o sistema de *rule of law*, cuja tradução se consuma na máxima *The King in the Parliament*. Como se vê, segundo o princípio constitucional inglês, a origem do poder político do Parlamento não é o de fazer a lei, mas sim o de impedir que ela seja feita, de forma arbitrária, por uma só pessoa, sem o seu consentimento, mesmo que se trate do rei. Isso explica por quê, na convenção da Filadélfia, a idéia de uma declaração de direitos não logrou ser incorporada à Constituição.

A tradição constitucional, na Europa continental, de extração francesa, é rigorosamente diversa. Ela se assenta, não na construção e na limitação do poder do Estado, isto é, não trata de sua engenharia política, mas, ao contrário, cuida fundamentalmente dos direitos do cidadão. Essa concepção é positiva, em relação à inglesa que é negativa, na medida em que prescreve o que o rei e o Parlamento não podem fazer, trata de tutelar, proteger, assegurar e defender os direitos individuais. Isso se prova não apenas pela circunstância de que o próprio princípio da separação de poderes, não está em nenhuma das Constituições revolucionárias, mas exatamente no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, expressa nestes termos: “Uma sociedade em que a garantia dos direitos não está assegurada e a separação de poderes não está definitivamente determinada não tem uma Constituição”.

A precedência dos direitos é tão clara, definitiva e incontestável, que o próprio Benjamin Constant, escrevendo em 1815, afirmava: “Digo já há algum tempo que, tal como uma constituição é a garantia da liberdade de um povo, tudo o que pertence à liberdade é constitucional, ao mesmo tempo em que nada há de constitucional, no que não lhe diz respeito”. No seu livro mais famoso *Cours de Politique Constitutionnelle*, que foi publicado entre 1820 e 1822, ele persiste na mesma

convicção, muito embora, como é sabido, tenha dedicado ao princípio da separação dos poderes a maior parte de sua obra. Ele achava, como se deduz de toda a estrutura de seu monumental trabalho, que a solução inglesa levava inevitavelmente ao conflito, sempre que o rei discordasse do Parlamento, ou este se confrontasse com o monarca. Daí a sua famosa “invenção” do chamado poder neutro, o Poder Moderador, cuja principal finalidade era exatamente arbitrar os conflitos entre os poderes. Essa foi a fórmula adotada no Brasil pela Constituição de 1824, ainda que aqui se tenha cometido o excesso de se investir, numa só pessoa – no caso o imperador – dois dos quatro poderes, o Executivo e o Moderador. Assinale-se, a propósito, que foi a única aplicação prática do modelo teórico de Benjamin Constant, em todo o mundo.

Desde que as Constituições francesas, subseqüentes aos documentos constitucionais revolucionários de 1789, receberam e adotaram a prática de incluir em seus textos, tanto a declaração de direitos, quanto os princípios de separação e delimitação dos poderes, e à medida que, a partir da primeira legislatura de 1791, a Constituição americana incorporou as emendas dos direitos individuais, tanto o modelo constitucional francês, quanto o saxão, quer da Inglaterra, quer dos Estados Unidos, convergiram entre si, tanto na concepção, quanto na fórmula adotada. Fórmula, por sinal, que constou expressamente do art. 178 da Constituição de 1824, elaborada após a publicação da obra de Benjamin Constant na França:

“É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”.

Assim se escreveu e assim se cumpriu. A recriação do Conselho de Estado, a lei de interpretação do Ato Adicional, e a própria Lei Saraiva, que instituiu o voto direto, em 1881, a despeito da Constituição determinar o contrário, foram reformas consumadas, sem que fosse preciso alterar o texto constitucional.

Pode-se, portanto, afirmar que esta foi, mansa e pacificamente, a doutrina constitucional, tanto saxônica, quanto européia. Uma inspirada no Direito Natural, outra no Direito Positivo. Na França mesmo, a ampliação dos direitos e garantias individuais continuou a ser

feita pela legislação ordinária, de que é o mais eloqüente exemplo, a universalização do direito de voto, adotada, pioneiramente, em 1848. Tanto a Constituição não-escrita da Grã-Bretanha, quanto o texto escrito da Constituição americana, emendada segundo o mesmo rito previsto em 1787, e interpretada pela Corte Suprema, são as duas práticas constitucionais mais antigas do mundo. Em matéria de filosofia do direito, isso significou uma extraordinária coincidência entre os fundamentos do Direito Natural, prevalecente desde a origem na Inglaterra, e as concepções do positivismo jurídico, preponderante na Europa.

No Brasil, este modelo funcionou com eficiência, sob o ponto de vista da estabilidade institucional, virtualmente até 1930. A Constituição de 1824, que ao ser revogada em 1889 era a terceira Constituição escrita mais antiga do mundo, e a própria Constituição republicana de 1891 tinham a mesma estrutura e o mesmo padrão. As mudanças mais significativas, como a separação entre a Igreja e o Estado, a secularização dos cemitérios e do casamento, e a instituição do registro civil, foram consumadas por decreto do Executivo e, em seguida, incorporadas ao texto constitucional. Até mesmo a única novidade que mudou a engenharia política, a adoção do federalismo nos moldes americanos, foi apenas incorporada à Constituição. Juntando-se o período de vigência das duas, foram 106 anos, nos quais cada um dos textos foi emendado apenas uma vez.

Os modelos de estabilidade institucional dos Estados Unidos e do Brasil podem, por exemplo, ser proveitosamente cotejados com a vida constitucional de um país como a Espanha que, tendo iniciado sua trajetória política constitucional antes do Brasil, com a Constituição de Cádiz de 1812, teve, somente no século XIX, ou mais precisamente entre 1812 e 1876, nada menos que nove conflitivas Constituições!

O modelo conflitivo de constituições que tudo regulam, no século XX, teve início com a Constituição de Weimar, sabidamente a primeira que rompeu com o modelo dualista de estrutura do Estado x direitos individuais, para incluir em seu texto, além dos direitos sociais, um modelo político parlamentarista cujos resultados são conhecidos, dramáticos e estão convenientemente descritos na obra de Carl Schmitt, antes de sua adesão ao nacional-socialismo.

O que distingue as duas correntes filosóficas da concepção do Direito, em relação à prática constitucional? Façamos, antes, um breve retrospecto das duas grandes escolas de pensamento que virtualmente foram predominantes durante mais de três séculos.

### 3. Normas de conduta e normas de organização

Sumariamente, como ensina Kelsen, um conjunto de normas pode formar um sistema, ou seja, um conjunto unitário de normas, de duas maneiras diferentes. No primeiro caso, (a) desde que as várias normas que o constituem sejam todas as que puderem ser deduzidas a partir de uma norma fundamental, que contém um postulado ético com a mesma função de um postulado, num sistema de proposições teóricas. No segundo caso, (b) desde que as normas do conjunto derivem umas das outras, por meio de sucessivas delegações de poder, de tal maneira que, partindo da norma emanada da autoridade inferior, para aquela emanada da autoridade imediatamente superior, chegue-se a uma norma fundamental que constitui a base de validade de todas as normas dos sistemas e que não é, por sua vez, baseada em nenhuma outra.

De acordo com Bobbio,

“é na distinção entre esses dois tipos de sistemas normativos que se situa a grande controvérsia filosófica entre ética racionalista e ética voluntarista e, no que se refere ao mais restrito âmbito do Direito, entre naturalismo jurídico e positivismo jurídico”.

Vale a pena acompanhar o restante de seu raciocínio:

O racionalista ético, ou naturalista jurídico, é aquele que procura construir um sistema ético ou jurídico com base na razão pura, pretendendo, no final, ter construído uma ética “mais geometricamente demonstrada”; o voluntarista ético, ou positivista jurídico, é aquele que encontra a unidade do sistema normativo remontando à autoridade máxima da qual podem derivar, tanto por ordem direta, como por delegação, as normas que o constituem, desaparecendo quando consegue encontrar o poder acima do qual não existe nenhum outro que é, precisamente, o poder soberano. Essas duas formas de lançar um fundamento ético estão destinadas a não se encontrarem: para o racionalista, a lei, ainda que seja ditada pela

autoridade soberana, não é lei, se não estiver de acordo com a razão, ou seja, se não puder ser deduzida do postulado ético que ele tomou como base do sistema (*non lex, sed corruptio legis*); para o voluntarista, a lei deduzida da razão pura não é lei se não for ditada, ou de alguma forma reconhecida pela autoridade soberana (*dura lex, sed lex*). Não se encontram sequer no vértice. A pergunta de Eutífrone “É justo o que é de agrado dos deuses ou aos deuses agrada aquilo que é justo?” tem permanecido ao longo dos séculos sem resposta, e continua sem resposta porque ambas são legítimas, cada uma no seu âmbito.

A teoria pura do direito de Kelsen, ainda que uma inestimável contribuição à sistematização da ciência do direito, não superou nem sequer resolveu o problema de suas bases filosóficas (nem esse era o seu intento) e, por conseqüência, dos fundamentos éticos do Direito. A grande criação do constitucionalismo do século XIX é que, ao convergirem, as duas grandes vertentes de suas origens históricas transformaram os limites do delineamento material das Constituições em um fundamento que faz dos textos constitucionais, ao mesmo tempo, tanto uma fonte legítima sob o ponto de vista voluntarista, quanto do ponto de vista racionalista. Como lei das leis, que não pode ser criada ou alterada senão pela vontade que se sobrepõe aos interesses circunstanciais de todos os poderes, isto é, por delegação popular, ela se torna a ordem soberana do sistema jurídico acima do qual não existe nenhuma outra norma superior, tendo em vista que põe limites a todos os poderes do Estado, indistintamente, cumprindo o critério voluntarista. E à medida que garante, protege, defende, preserva e torna intocáveis os direitos individuais de todos os cidadãos, supre o fundamento ético racionalista, que é o bem geral de toda a nação e de cada cidadão, pela preservação de seus inalienáveis direitos e garantias.

Sob o ponto de vista da engenharia constitucional, resta a questão vital do arbitramento dos conflitos entre os poderes. Nos modelos constitucionais de maior êxito ou de maior durabilidade, como é o caso dos Estados Unidos, essa tarefa foi competentemente atribuída pelos pais da Constituição à Corte Suprema que só se pronuncia sobre matéria constitucional e não decide, por conseqüência, as demais questões da *Common Law*, a não ser que delas resultem implicações de natureza constitucional. Nos países europeus, que não

seguiram o modelo saxão, esse papel de arbitramento foi atribuído, nas Constituições mais duradouras do pós-guerra, como é o caso da Lei Fundamental de Bonn, às cortes constitucionais que pairam acima dos demais poderes, não têm caráter vitalício e procuram refletir, em sua composição, as diversas correntes políticas e as diversas instituições do Estado. Modelo que está hoje disseminado na maioria das Constituições européias, inclusive da Rússia pós-soviética.

O modelo constitucional do século XX, que tem sua origem na Constituição de Weimar, rompeu com esse esquema de dupla legitimação. Em sua origem, está a mudança radical da própria filosofia política do Estado, que terminou influenciando a cultura política deste século, depois de 1917. Não se trata só de uma questão ideológica, como veremos em seguida, em sua origem estão, indistintamente, todos os sistemas políticos totalitários, sejam eles de direita, como é o caso do nazismo alemão ou do fascismo italiano, tanto quanto de esquerda, como é o comunismo leninista ou o socialismo marxista, seja ele da ex-União Soviética, da China ou da ex-Alemanha Oriental. A distinção, sob o ponto de vista de suas conseqüências jurídicas, em relação à ordem constitucional, foi formulada por Hayek, em 1966, em sua obra *The principles of a liberal social order*, ao propor a classificação das normas jurídicas no que ele mesmo denominou de “normas de conduta”, em contraposição às “normas de organização”.

As “normas de conduta” são aquelas que permitem que os indivíduos usem a sua própria diligência para perseguirem os fins por eles livremente escolhidos. As “normas de organização” são aquelas que impõem determinados fins, em lugar de outros. Nelas reside a diferença entre as Constituições pré-Weimar e as pós-Weimar. Exemplos das primeiras são as Constituições do século XIX que sobrevivem e têm sido eficazes na preservação da ordem, da governabilidade e da normalidade institucional, de que é exemplo a dos Estados Unidos, e as do Brasil de 1824 e 1891, ou a sueca de 1816. Entre os últimos, estão os textos constitucionais como os do Brasil a partir de 1934 até hoje, a maior parte das Constituições latino americanas deste século e algumas européias.

Cabe, portanto, indagar a causa dessa verdadeira “degradação” ou “involução” da teoria constitucional, cujos resultados mais visíveis foram, como em nosso caso, a

instabilidade institucional, a ingovernabilidade e o aumento da conflitualidade política, para não falar dos casos notórios das doutrinas políticas radicais e das ideologias totalitárias, de cujo confronto com a ordem democrática resultaram golpes de estado, deposições, suicídio, renúncias, regimes autoritários e todas as formas de autocracias, estudadas, de forma incomparável por Hannah Arendt. Mas, para isso, temos que passar da filosofia do direito e das concepções doutrinárias da ciência do direito para a prática constitucional, em confronto com a realidade política.

#### 4. Estado constitucional e Estado de direito

A extraordinária contribuição de Hayek, ao criar as categorias de “normas de conduta” e “normas de organização”, serve para distinguir os sistemas democráticos dos totalitários, que Kant chamou de “eudomonológicos”. Nos primeiros, o indivíduo é livre para perseguir os seus próprios fins ou, segundo Kant, para “aspirar à própria felicidade” com a única condição de que sua ação não interfira com a busca dos demais cidadãos de seus próprios caminhos e objetivos. Nisso consiste a inviolabilidade, a supremacia e a primazia dos direitos, liberdades e garantias individuais, sobre as quais o Estado não pode legislar, dispor, constringer ou reprimir, a não ser em casos excepcionálíssimos, como os de guerra externa ou sublevação da ordem e da segurança internas. No caso dos regimes autoritários (em todas as suas diferentes modalidades), é ao Estado que cabe zelar pela felicidade de seus súditos, como diz Bobbio, “tal como um bom pai de família zela pela felicidade de seus filhos menores”. Mesmo que, para a realização dos fins por ele estabelecidos, ele tenha de constringer e ultrapassar os limites da liberdade individual, em favor da felicidade coletiva. Que pode variar das ambições arianas de Hitler à ditadura do proletariado de Lênin.

Ora, de que maneira o Estado faz isso no campo das normas jurídicas, ou seja, na prática constitucional da ordem política? Estabelecendo esses fins constitucionalmente, não só sob a forma de prescrições imperativas, mas também e sobretudo sob a forma de prescrições desiderativas, de que estão prenhos as Constituições pós-Weimar. São direitos objetivos e subjetivos, estabelecidos de forma aleatória, cuja efetividade depende mais da ação dos organismos do Estado do que de sua mera e

simples enumeração em belas promessas de origem constitucional. São os textos constitucionais que Karl Loewenstein, em seu *Political Power and Government Process*, chamou de “semânticas” e que Giovanni Sartori denomina “constituições nominais”. Sua principal característica, ensina Sartori, é que “seu ponto delicado não afeta a circunstância de algumas de suas disposições caírem em desuso, devido a seu anacronismo, senão aquelas normas que não foram postas em vigor pela falta de vontade ou inércia do Poder Legislativo ou do Poder Executivo”. Convém completar com o nosso edificante exemplo de 88, por mais que o seu próprio texto preveja, o instituto jurídico do “Mandado de injução, é utópico e inaplicável”.

O resultado dessa profusão de disposições desiderativas, meras promessas, as mais das vezes imaterializáveis, é o quadro que, com muita propriedade e concisão, traça o incomparável Sartori:

“... as Constituições contemporâneas – em geral – são más constituições, tecnicamente falando. Encontram-se nelas deslumbrantes profissões de fé, por um lado, e um excesso de detalhes supérfluos, por outro. Algumas delas são já tão ‘democráticas’, que já não são constituições”.

Parece, até, inspirado em nosso caso e exemplo...

Aqui é preciso voltar às lições de filosofia do direito dos dois Friedrich, Carl e Hayek.

O que justifica a proliferação dessas deslumbrantes profissões-de-fé e esse excesso de detalhes supérfluos a que alude Sartori? É a transcendência das normas de conduta sobre as normas de organização que faz prevalecerem as utopias ideológicas, sobre a lógica jurídica, o direito, a lei e a justiça, como instituições de cunho ético e de finalidades igualmente éticas. A forma, ou o formalismo, terminam prevalecendo sobre a natureza ética dessas instituições. Ou, como lembra Nozick, faz com que a instituição e sua estrutura terminem prevalecendo sobre as suas próprias finalidades. É isto que permite que, “mesmo as ditaduras totalitárias, possam manter e de fato o fazem, os formalismos de um governo de direito” ou, inclusive, de um aparente Estado de Direito, conforme assinala Carl Friedrich. Seja ele de direita, como o do General Pinochet, ou de esquerda, como o de Stálin. O que os distingue não é o ordenamento jurídico ou a Constituição que os rege, que podem ser formalmente

idênticas ao de um Estado democrático, embora materialmente diversas e opostas, porque se baseiam numa razão superior e não num fundamento ético. Isso explica porque se tornou insuficiente a afirmação de Paine: “Um Estado que não tem uma Constituição não é um Estado democrático”. Estados democráticos e Estados totalitários podem ter constituições formalmente semelhantes, embora um continue a ser uma democracia e o outro continue a ser uma ditadura. A diferença é que num não se limitam os poderes do Estado, nem se respeitam os direitos e garantias dos cidadãos, enquanto o que caracteriza o outro é a limitação explícita e rigorosa dos poderes do Estado e a garantia da inviolabilidade dos direitos individuais. Os dois postulados são, essencialmente, os fundamentos éticos, morais, jurídicos e políticos de um sistema democrático. Tal como ensinou há quase dois séculos Benjamin Constant e como lembrou, neste século, o mestre Carl Joachim Friedrich:

“Assim, pois, a Constituição deverá entender-se como o processo pelo qual se limita a ação política e ao mesmo tempo lhe dá forma. A Constituição tem uma função definida no corpo político. A garantia dos direitos básicos e a separação dos poderes, seja funcional ou espacial (federalismo), têm servido como limites”.

A propósito, vale lembrar que o regime militar brasileiro, entre 64 e 85, configurava um Estado de direito, caracterizado não por uma, mas por várias constituições, centenas de emendas e milhares de leis aprovadas pelo Congresso. Circunstância, aliás, que permitia ao General Geisel criar a categoria de “democracia relativa”. Mas dificilmente poderá ser identificado com a democracia.

É conveniente notar, em primeiro lugar, que Carl Friedrich fala em separação e não em independência de poderes, conceito que, entre nós, funciona como uma aberração constitucional, quer sob o ponto de vista político, quer como realidade jurídica. Poderes que são independentes são poderes que não podem ser controlados. E poderes não submetidos a controle democrático são poderes totalitários. Supor que a democracia se limita a eleições periódicas de quatro em quatro anos, é, de saída, um bom começo e uma porta aberta para a transição na rota dos regimes autoritários.

Em segundo lugar, vem a outra advertência do mesmo autor, já referida no início deste artigo: “A função do Direito muda totalmente

em uma sociedade totalitária. A lei se converte meramente em um instrumento em mãos dos dirigentes políticos por que a justiça, como um valor autônomo desapareceu”. Neste ponto, convém voltar à afirmação do ex-Ministro Evandro Lins e Silva, que a fonte do direito é a lei. Identificar o direito com a lei significa o mesmo que igualar o direito à justiça e, por consequência, a justiça à lei. Em outras palavras, faz desaparecer a Justiça como um valor autônomo. Pois é exatamente isto que caracteriza os autoritarismos modernos. São os ordenamentos jurídicos que se baseiam exclusivamente na lei. E como a lei e todas as leis (inclusive a Constituição) podem ser mudadas, sem limitações que não sejam as meramente formais de *quorum* e outros procedimentos idênticos, inclusive para limitar, suprimir e alterar direitos individuais que são o substrato ético de toda e qualquer Constituição democrática, já não há como falar em democracia.

A lição de Sartori, a esse respeito, é não só precisa e concisa, como também ilustrativa e edificante:

“O sentido originário de todo o edifício constitucional a que ainda hoje nos referimos é o de impedir a arbitrariedade na criação da lei; e, portanto, por esta via, chegar conscientemente a um Estado de direito em que os governantes estejam submetidos às leis. Se estas eram as intenções, hoje os fatos são adversos: a) a lei absorveu todas as demais fontes de criação do direito; b) portanto, os parlamentos se sentem investidos da tarefa de ‘criar o direito’; c) nossos parlamentos não freiam senão que, ao contrário, produzem uma inflação na legislação; d) a afirmação de uma concepção voluntarista do direito – implícita na promiscuidade entre legislar e governar – volta a reinsertar um elemento peculiar de arbítrio no processo legislativo; e) em geral, o governo da lei foi substituído pela realidade bem distinta do governo dos legisladores.

O significado dessas diferenças, que com frequência são verdadeiras e particulares inversões, não é difícil de perceber. O ideal último e a própria razão de ser do constitucionalismo, resumem-se na fórmula proteção da lei. E o pressuposto da proteção da lei é a subordinação dos governantes às leis.

Entende-se que, em última análise, são sempre os homens que fazem as leis. Porém isto não significa que o ideal do governo das leis, não governo dos homens, dê lugar a uma distinção irreal. A distinção subsiste com duas condições: que aqueles que fazem as leis não se identifiquem totalmente com os detentores do poder do governo e que, em geral, a modificação e a criação das leis se converta em relativamente lenta e difícil. Portanto, o estado de direito não é (a menos que se entenda como uma simples tautologia) o estado que cria a seu alvedrio um novo direito, mas sim o estado em que o exercício do poder está limitado por vínculos jurídicos precisos. Disto se depreende que a práxis de ‘governar legislando’ está esvaziando, concretamente, o Estado de direito. Ainda que se continue invocando o governo da lei, o certo é que estamos nos aproximando cada vez mais do ponto em que temos, simplesmente, um governo de homens, em nome da lei. E, que fique claro que, quando os governantes podem fazer e desfazer todas as leis que desejam, a proteção da lei já não existe.”

Neste ponto, é pertinente lembrar o que está ocorrendo no Brasil, em que a Constituição, decorrido o prazo de carência de cinco anos, já recebeu nada menos de 21 emendas em 10 anos. Ou, para sermos ainda mais explícitos, a circunstância que, tal como foi concebido e está sendo praticado o texto constitucional, uma só medida provisória poder ter vigência por quatro anos, sendo reeditada 48 vezes pela suspeita cumplicidade entre o excesso de dinamismo do Executivo e a notória inércia do Legislativo.

Parece-me fora de dúvidas que a diminuição da conflitividade política, o abrandamento da instabilidade institucional e o aumento da segurança jurídica, numa sociedade democrática, não passam, singularmente, pela aceitação passiva de que a lei, em seu sentido material e formal, deva ser a fonte de todo direito, nem que o direito, por si só, implique consumação do ideal da justiça. Aqui, sim, é preciso insistir não na independência e sim na autonomia dos poderes. Da mesma forma, é preciso reinstaurar, não a autonomia, mas a independência dos julgamentos dos juízes e tribunais, não jungidos à lei que a todo

momento muda e arbitrariamente se altera, calcada na livre convicção de cada um, na realização do ideal ético da justiça como um valor autônomo que precisa ser restabelecido. A função do Parlamento deve continuar sendo a de fazer a lei, mas não a de criar o direito que em sua origem, sempre esteve nas mãos dos magistrados, pois esta era a única forma de proteger, contitucionalmente, os direitos do cidadão, contra o arbítrio do poder e da política. Nisto reside a importância da distinção estabelecida desde as origens do constitucionalismo, entre a *Law* função dos Parla-mentos, e a *Common Law*, prerrogativa dos magistrados e tribunais.

Um juiz ou um tribunal, escravos da lei, que muda segundo o arbítrio do poder, são magistrados e tribunais arbitrados pelo poder.

Isso só será possível se, abandonando a concepção autoritária do voluntarismo jurídico, voltarmos a entender que o fundamento da lei é a justiça, ou seja, só é lei se for justa. Não é possível continuar identificando justiça com lei, como querem Hobbes e os positivistas. Pois eles são, com os céticos e os relativistas, os responsáveis pela decadência da filosofia do direito, quando dizem que não tem sentido especular filosoficamente. Prática que os levou a abandonar o fundamento ético de toda ciência, a começar pela ciência do direito.

O complemento indispensável é que as Constituições voltem a ser o que sempre foram: a carta de garantias dos direitos do cidadão, por um lado, e uma barreira ao exercício do poder arbitrário, por outro. Sem esses dois requisitos, não são Constituições, mas como adverte Sartori, “deslumbrantes profissões-defé, por um lado, e um excesso de detalhes supérfluos, por outro”.

Quando nos convenceremos dessa realidade, poderemos nos conscientizar de que não será o efeito vinculante, ou a sua falta, que vão resolver o problema da justiça no Brasil. O problema, como se viu, é outro. E por sinal, bem mais complexo. Mas, nem por isso, podemos deixar de insistir. Mesmo porque, não há porquê desistir, quando o desafio, ao contrário, é exatamente o de persistir na busca de governos democráticos e não apenas de formalismos que impedem a democracia. Instituições, algumas democráticas, nós já temos. O que nos falta, exatamente, é democracia. E, para conquistá-la, é preciso, antes de mais nada, democratizar ao mesmo tempo o direito, a justiça e a lei.